

0.2.18 Mitwirken beim Einstellen von Anlageteilen und bei der Inbetriebnahme von Anlagen im Zusammenwirken mit anderen Beteiligten, z. B. mit dem Auftragnehmer für die Gebäudeautomation.

0.2.19 Benutzung von Teilen der Leistung vor der Abnahme.

0.2.20 Übertragung der Wartung während der Dauer der Verjährungsfrist für die Mängelansprüche für maschinelle und elektrotechnische sowie elektronische Anlagen oder Teile davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und die Funktionsfähigkeit hat (vgl. § 13 Abs. 4 Nr. 2 VOB/B), durch einen besonderen Wartungsvertrag.

0.2.21 Abrechnung nach bestimmten Zeichnungen oder Tabellen.

Der Auftraggeber muss sich die nötigen Kenntnisse erforderlichenfalls durch eigene Untersuchungen oder Ermittlungen verschaffen – → Rn. 30. 69

Der Auftraggeber darf sich nicht darauf beschränken, notwendige „Beschaffenhitsangaben“¹¹⁶ unausgewertet den Ausschreibungsunterlagen beizufügen, er muss die relevanten Verhältnisse vielmehr so **beschreiben**, dass der Bewerber ihre Auswirkungen auf die bauliche Anlage und die Bauausführung hinreichend beurteilen kann. Deshalb genügt zB die Beifügung eines **geotechnischen Gutachtens** (Baugrundgutachten, Gutachten zur Beschaffenheit des Ausbruchs beim Tunnelbau) in der Regel **allein nicht**; der Auftraggeber muss vielmehr – wenn nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist – das **Gutachten auswerten** in Form der Angaben in der Leistungsbeschreibung. Das Baugrundgutachten wendet sich nämlich in erster Linie nicht an den ausführenden Unternehmer, sondern an den Tragwerkplaner des Auftraggebers und gibt ihm Angaben, die **dieser** – und damit der Auftraggeber – baukonstruktiv-planerisch umsetzen muss.¹¹⁷ Aus dem Baugrundgutachten allein ergeben sich jedenfalls für einen Bieter nur in sehr eingeschränktem Maß Detailangaben. Umgekehrt darf ein Bieter unübersichtbare konkrete Hinweise in einem solchen Gutachten nicht ignorieren. Auf die Auswertungspflicht weist mit vollem Recht im Ergebnis das Vergabehandbuch des Bundes Ausgabe 2008 Stand April 2016 in 4.8.2 der Allgemeinen Richtlinien zum Vergabeverfahren ebenfalls hin, „das bloße Beifügen des Gutachtens reicht für eine ordnungsgemäße Leistungsbeschreibung nicht aus“.

Im Einzelfall sind auch die zu beachtenden wasserrechtlichen Vorschriften zu benennen, zumal der Auftraggeber – wenn nichts anderes vereinbart ist – gegebenenfalls erforderliche wasserrechtliche Genehmigungen (VOB/B § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 2) einholen muss.¹¹⁸

8. § 7 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 6 – bauvertragliche Bedeutung. Ausschreibungsinhalte, die gegen die Beschreibungspflicht des § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 6 (sowie auch Nr. 2) VOB/A verstoßen, können im Einzelfall unwirksam wegen unzulässigen Inhalts als AGB sein.¹¹⁹ 71

Der vergaberechtliche Verstoß führt nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 134 BGB.¹²⁰ Der Bieter hat auch keine Schadensersatzansprüche aus cic, § 311 Abs. 2 BGB.¹²¹ Die Muss-Bestimmung des § 7, hier des § 7 Abs. 1 Nr. 2, 5 und 6 VOB/A, kann aber generell zur Auslegung des Bausolls herangezogen werden und ohnehin in Kombination mit dem Verbot des § 7 Abs. 1 Nr. 3, dem Bieter ein ungewöhnliches Wagnis aufzuerlegen, dazu führen, dass bestimmte, **nicht genannte Beschaffenheiten gar nicht Bausoll werden** und der Auftragnehmer deshalb bei deren Eintritt Ansprüche auf Mehrvergütung hat.¹²² 72

9. § 7 Abs. 1 Nr. 7 – Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung in Abschnitt 0 der DIN 18 299 ff. a) Vergaberechtliche Bedeutung. Ein Hilfsmittel, die Leistung iSd § 7 Nr. 1 VOB/A eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, ist die Beachtung der „Hinweise für das Aufstellen der Leistungsbeschreibung“ im jeweiligen Abschnitt 0 der DIN 18 299 ff., also der VOB/C; das schreibt § 7 Abs. 1 Nr. 6 **zwingend** vor.¹²³ Beim schon geschlossenen Vertrag ergibt sich – zB für Zusatzleistungen – die entsprechende Vertragspflicht des Auftraggebers aus der Verweisung in § 1 Abs. 1 S. 2 VOB/B auf die Geltung der VOB/C. 73

¹¹⁶ Zum Begriff → VOB/B § 2 Rn. 62 ff.

¹¹⁷ Kapellmann/Schiffers/Markus Bauvertrag I Rn. 200, 733; → Rn. 35.

¹¹⁸ Ingenstau/Korbion/Schranner VOB/A § 7 Rn. 54.

¹¹⁹ Vgl. → Rn. 28.

¹²⁰ → Rn. 6.

¹²¹ → Rn. 6, wohl aber möglicherweise aus § 823 Abs. 2 BGB, → Rn. 8.

¹²² → Rn. 54, 6, 7 und dazu in allen Einzelheiten → VOB/B § 2 Rn. 182.

¹²³ BGH „Chlorid“ NZBau 2013, 428 = BauR 2013, 1126; BGH „Hochspannungsleitung“ NZBau 2013, 428 = BauR 2013, 1126.

Einzelheiten hinsichtlich der gebotenen Hinweise zur Beschreibungspflicht der Baustelle und der Ausführung allgemeiner Art gemäß Abschnitt der DIN 18 299 sind in → Rn. 68 abgedruckt. Vergaberechtlich ist die Vorschrift einfach und eindeutig.

- 74 Gemäß dem jeweiligen Abschnitt 0 sind **insbesondere** die jeweiligen Angaben zu machen. Damit wird verdeutlicht, dass die Hinweise in Abschnitt 0 nicht abschließend sind; das allgemeine Gebot des § 7 Abs. 1 VOB/A, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, wird also nicht etwa eingeschränkt. Die entsprechenden Angaben sind „nach den Erfordernissen des Einzelfalls“ zu machen. Wenn also das in Abschnitt 0 angesprochene Thema für dieses Bauvorhaben nicht relevant ist oder die Antwort selbstverständlich ist, ist auch keine gesonderte Angabe in der Leistungsbeschreibung erforderlich,¹²⁴ das ist aber restriktiv zu verstehen: Das fehlende Erfordernis muss eindeutig sein.
- 75 Zum Inhalt und zur allgemeinen **Bedeutung** der **VOB/C** verweisen wir auf die Ausführungen in → VOB/B § 1 Rn. 17–25 und → **VOB/B § 2 Rn. 118 ff.**
- 76 **b) Bauvertragliche Bedeutung.** Die bauvertragliche Bedeutung von § 7 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A ist eher höher als die vergaberechtliche. Für den Vertrag zwischen einem **öffentlichen** Auftraggeber und seinen Auftragnehmern ist die Beachtung der Hinweise zur Leistungsbeschreibung im jeweiligen Abschnitt „0“ von zwingender Bedeutung für die Auslegung des Bausolls.¹²⁵ Enthalten die Hinweise Ja/Nein-Alternativen (Beispiel: Wenn in vorhandenen Räumen gearbeitet werden muss, muss der Auftraggeber gemäß DIN 18299 Abschnitt 0.2.2 angeben, ob der Betrieb weiterläuft. Antwort also: Ja/Nein. Enthält die Ausschreibung keine Angaben, darf der Bieter von „Nein“ ausgehen).¹²⁶ Enthalten die Hinweise nur allgemeine Aufforderungen zur Beschreibung, aus deren Fehlen aber kein konkreter Schluss auf bestimmte Beschaffenheiten gezogen werden kann, helfen diese fehlenden Angaben bei der Auslegung nicht weiter. Hier kommen **ausnahmsweise** Schadensersatzansprüche des Bieters aus Verschulden bei Vertragsschluss, § 311 Abs. 2 BGB, in Betracht.¹²⁷
- 77 Für das Vertragsverhältnis zwischen **privatem** Auftraggeber und Auftragnehmer gilt mittelbar dasselbe.¹²⁸

III. § 7 Abs. 2 – Kein Verweis auf bestimmte Produktion oder Herkunft in Technischen Spezifikationen

- 78 **1. Vergaberechtliche Bedeutung.** Zu technischen Spezifikationen darf auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion nicht verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, ausgenommen, dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Eine zu enge Detaillierung der Leistungsbeschreibung auf bestimmte Erzeugnisse oder Hersteller nimmt dem Bieter die ihm werkvertraglich zustehende „Dispositionsfreiheit“ (zum Begriff → VOB/B § 2 Rn. 57) und verletzt damit einen Kernbereich des Vergaberechts, den Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB).¹²⁹ Die Vergabestelle hat bei der Auswahl eines von mehreren möglichen Verfahren zu prüfen und positiv festzustellen, warum eine durch die technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ausgeschlossene Lösungsvariante zur Verwirklichung des Beschaffungszwecks nicht geeignet erscheint.¹³⁰
- 79 Grundsätzlich bestimmt der Auftragnehmer (Bieter), welche Erzeugnisse oder Verfahren er verwendet oder von wo er bezieht. Ausnahmsweise darf der Auftraggeber bestimmte Erzeugnisse usw. vorschreiben, aber nur dann, wenn dies durch die Art der geforderten Leistung gerechtfertigt

¹²⁴ BGH „LAGA“ NZBau 2012, 102; → Rn. 24. Gegenbeispiel: BGH „Chlorid“ NZBau 2013, 428.

¹²⁵ BGH „Chlorid“ NZBau 2013, 428 = BauR 2013, 1126; BGH „Hochspannungsleitung“ NZBau 2013, 428 = BauR 2013, 1126.

¹²⁶ Zu den Folgen → VOB/B § 2 Rn. 125; weitere Beispiele Kapellmann/Schiffers/Markus Bauvertrag I Rn. 127, 729–731, Band 2 Rn. 617. Ausnahme BGH „LAGA“, NZBau 2012, 102 = BauR 2012, 490; → Rn. 18.

¹²⁷ Dazu → VOB/B § 2 Rn. 125. Vgl. in → VOB/B § 2 Rn. 131 ff. auch die Kommentierung der Entscheidung BGH „Konsoltraggerüste“ NZBau 2002, 324 = BauR 2002, 935. **Vergaberechtlich** hätte der Auftraggeber die Konsoltraggerüste ausschreiben **müssen** (DIN 18299 Abschnitt 0.4.1 „wegen der erheblichen Bedeutung der Kosten“); zur heutigen Rechtslage Irl BauR 2016, 1829.

¹²⁸ → VOB/B § 2 Rn. 124, 190.

¹²⁹ Immenga/Mestmäcker/Dreher GWB § 97 Rn. 94 mit Nachweisen; Prieß NZBau 2004, 91.

¹³⁰ OLG Jena NZBau 2006, 735.

ist; also genügen andere Gründe nicht, zB günstigere Bezugsquellen des Auftraggebers. Das „Standardleistungsbuch“ sieht Texte für die Leistungsbeschreibung vor, die den aufgeführten Anforderungen entsprechen.

Bezeichnungen für bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren (zB Markennamen, Warenzeichen, Patente) dürfen jedoch verwendet werden, wenn eine Beschreibung durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnung nicht möglich ist; dann muss aber der Zusatz „oder gleichwertiger Art“ hinzugefügt werden. Wenn ausnahmsweise bestimmte Bezeichnungen verwendet werden sollen, ist das zweckmäßigerweise in den Vergabeunterlagen **zu begründen**, denn der Auftraggeber muss beweisen, dass er die entsprechenden **Sachüberlegungen** vor der Ausschreibung angestellt hat und nicht nur nachträglich Gründe nachschiebt.¹³¹ Immer muss die Ausschreibung aber dem Bieter die Auswahl¹³² überlassen, ein gleichwertiges Erzeugnis zu verwenden. Diese Wahl muss der Bieter, wenn die Verdingungsunterlagen nichts anderes regeln, nicht schon im Angebot treffen.¹³³ Trifft er im Angebot schon eine Wahl für ein gleichwertiges Erzeugnis, so ist das kein Nebenangebot. Die Gleichwertigkeit eines angebotenen oder gewählten Erzeugnisses hat der Bieter/Auftragnehmer nachzuweisen. Weicht der Auftraggeber zulässigerweise vom Gebot der Produktneutralität ab, so ist der Hersteller oder Lieferant dieses Produkts nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.¹³⁴ Nach 4.2.4 des Vergabehandbuchs des Bundes (2017), Allgemeine Richtlinien Vergabeverfahren (Formular 100) Stand 2019 müssen Leistungen grundsätzlich in allen Teilen produktneutral beschrieben werden:

„Unzulässig ist insbesondere

- die Angabe eines Planungs- bzw. Leitfabrikates,
- die vorgeblich neutrale Beschreibung von Produkten oder Verfahren durch die Festlegung von Kenngrößen/Merkmalen, die nur von einem bestimmten Unternehmen oder Produkt erfüllt werden, ohne dass die Ausnahmevoraussetzungen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 (analog § 7 EU Abs. 2 S. 2 bzw. § 7 VS Abs. 2 S. 1) VOB/A erfüllt sind.“

2. Bauvertragliche Bedeutung. Die zivilrechtliche Bedeutung ist bei § 13 Nr. 3 VOB/B 81 behandelt.

IV. § 7 Abs. 3 – Verkehrsübliche Bezeichnung

1. Vergaberechtliche Bedeutung. Der bisherige § 7 Abs. 2 ist jetzt Abs. 3. Bei der Beschreibung der Leistung sind die verkehrsüblichen Bezeichnungen zu beachten, § 7 Abs. 3. Im Interesse des allgemeinen Gebots der Eindeutigkeit, § 7 Abs. 1 VOB/A, muss der Auftraggeber „verkehrsübliche“ Bezeichnungen verwenden, um ein für alle Bieter gleiches – und generell ein den Bietern sichere Beurteilung überhaupt ermöglichendes – Verständnis zu sichern. „Da es sich bei Leistungsbeschreibungen um technisch spezialisierte Texte handelt, die für technische Fachleute formuliert werden, ist als Wortlaut das **allgemeine sprachliche Verständnis** der Aussagen jedenfalls dann nicht von Bedeutung, wenn die verwendete Formulierung von den angesprochenen Fachleuten in einem spezifischen technischen Sinn verstanden wird (§ 133 BGB) oder wenn für bestimmte Aussagen Bezeichnungen verwendet werden, die in den maßgeblichen Fachkreisen **verkehrsüblich** sind oder für deren **Verständnis** und Verwendung es gebräuchliche technische Regeln (z. B. DIN-Normen) gibt (§ 157 BGB).“¹³⁵

Aus den vorgenannten Gründen dürfen (und müssen) auch Begriffe verwandt werden, die sich nicht unmittelbar aus einer Fach-DIN ergeben, die aber als verkehrsübliche Bezeichnung einem einheitlichen Begriffsverständnis der Fachleute dienen; dazu zählen auch DIN-Normen außer-

¹³¹ Zur Rechtfertigung bedarf es objektiver, in der Sache selbst liegender Gründe, wobei eine kaufmännische Entscheidung des Auftraggebers, welche Leistung mit welchen Merkmalen beschafft werden soll, möglich bleibt, OLG Düsseldorf NZBau 2005, 532; 2005, 169; vgl. auch OLG Jena NZBau 2006, 735 und VK Sachsen-Anhalt 16.9.2015 – 3 VK LSA 62/15 mit Anm. Kus.

¹³² Ebenso zB VK Arnsberg 10.8.2009 – VK 17/09. Zur Rechtsnatur einer solchen Auswahlposition → VOB/A § 4 Rn. 31.

¹³³ Dausner BauR 1999, 719.

¹³⁴ OLG Saarbrücken NZBau 2004, 117.

¹³⁵ BGH „Spanngarnituren“ BauR 1994, 625; Kapellmann/Schiffers/Markus Band 2 Rn. 599, Band 1 Rn. 177.

Dazu, dass eine entsprechende Beurteilung auch „nach der gewerblichen Verkehrssitte“ geboten ist, vgl. → VOB/B § 2 Rn. 153.

halb der VOB/C, insbesondere beispielsweise die DIN 276, obwohl sie „nur“ Kostengliederungsnorm ist.

- 84 Aus der Verwendung einer verkehrsblichen Bezeichnung dürfen Bieter auch berechtigtermaßen den Schluss ziehen, dass ein in DIN-Normen verwendeter Begriff auch entsprechend dieser DIN-Bezeichnung zu verstehen ist. Wenn deshalb ein Leistungsverzeichnis im Zusammenhang mit Abbruch- und Betonerhaltungsarbeiten bestimmte, dass Betonabbrucharbeiten per „Hochdruckwasserstrahl“ auszuführen sind, bedeutete das gemäß der früheren DIN 1849 Abschnitt 0.2.2.1.2 (Ausgabe Dezember 2000), dass entsprechend der dortigen Definition Drücke bis zu 800 bar ausreichend waren und dass ein höherer Druck nicht notwendig ist; letzteres wäre nach der entsprechenden DIN-Definition nämlich „Höchstdruckwasserstrahl“.
- 85 **2. Bauvertragliche Bedeutung.** § 7 Abs. 3 VOB/A spielt zivilrechtlich indirekt eine Rolle für die Auslegung des Bausolls. Bei einem Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber sind im Zweifel Begriffe „VOB-konform“ auszulegen.¹³⁶

§ 7a Technische Spezifikationen

- (1) Die technischen Anforderungen (Spezifikationen – siehe Anhang TS Nummer 1) an den Auftragsgegenstand müssen allen Unternehmen gleichermaßen zugänglich sein.
- (2) Die technischen Spezifikationen sind in den Vergabeunterlagen zu formulieren:
 1. entweder unter Bezugnahme auf die in Anhang TS definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge
 - a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
 - b) europäische technische Bewertungen,
 - c) gemeinsame technische Spezifikationen,
 - d) internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
 - e) falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten.

Jede Bezugnahme ist mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen;

 2. oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die so genau zu fassen sind, dass sie dem Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen;
 3. oder in Kombination der Nummern 1 und 2, das heißt
 - a) in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen;
 - b) oder mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Nummer 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Nummer 2 hinsichtlich anderer Merkmale.

(3) ¹Verweist der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung auf die in Absatz 2 Nummer 1 genannten Spezifikationen, so darf er ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotene Leistung entspräche nicht den herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter in seinem Angebot dem Auftraggeber nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen. ²Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten.

(4) ¹Legt der Auftraggeber die technischen Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen fest, so darf er ein Angebot, das einer nationalen Norm entspricht, mit der eine europäische Norm umgesetzt wird, oder einer europäischen technischen Bewertung, einer gemeinsamen technischen Spezifikation, einer internationalen Norm oder einem technischen Bezugssystem, das von

¹³⁶ → VOB/B § 2 Rn. 176 ff.

den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurde, entspricht, nicht zurückweisen, wenn diese Spezifikationen die geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. ²Der Bieter muss in seinem Angebot mit geeigneten Mitteln dem Auftraggeber nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Leistung den Leistungs- oder Funktionsanforderungen des Auftraggebers entspricht. ³Als geeignetes Mittel kann eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten.

- (5) ¹Schreibt der Auftraggeber Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so kann er die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn

1. sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstands eignen,
2. die Anforderungen des Umweltzeichens auf Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
3. die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise – wie z. B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen – teilnehmen können, und
4. wenn das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

²Der Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Leistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen genügen. ³Der Auftraggeber muss jedoch auch jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren. ⁴Anerkannte Stellen sind die Prüf- und Eichlaboratorien sowie die Inspektions- und Zertifizierungsstellen, die mit den anwendbaren europäischen Normen übereinstimmen. ⁵Der Auftraggeber erkennt Bescheinigungen von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen anerkannten Stellen an.

I. § 7a – Technische Spezifikationen

1. Die vergaberechtliche Bedeutung. Die „technischen Anforderungen“ = Spezifikationen 1 als solche sind in Anhang TS Nr. 1 definiert, übernommen aus Anhang VI der Koordinierungsrichtlinie. Gemäß Anhang TS Nr. 1 sind „technische Spezifikationen“ sämtliche, in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den öffentlichen Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Es folgen dann Ergänzungen, was alles zu diesen technischen Anforderungen gehört. „Technische Spezifikationen“ sind also alle dort genannten technischen Anforderungen.

Diese technischen Spezifikationen müssen gemäß **Abs. 1** „allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein“. Dies entspricht den in den Erwägungsgründen Nr. 2 der Koordinierungsrichtlinie ua zitierten allgemeinen Grundsätzen des „freien Warenverkehrs“, der „Gleichbehandlung“, der „Nichtdiskriminierung“ und der „Transparenz“.

Abs. 2 enthält drei Kategorien möglicher Formulierungsmöglichkeiten für „technische Spezifikationen“ in den Vertragsunterlagen.

Die **erste** Kategorie bilden gemäß Abs. 1 Formulierungen unter Bezugnahme auf die in 4 Anhang TS definierten technischen Spezifikationen in der Rangfolge

- a) nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden (siehe Anhang TS Nr. 1.3). Was „Normen“ sind, ist in Anhang TS Nr. 1.2 wie folgt definiert: „Technische Spezifikationen, die von einer anerkannten Normenorganisation zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurden, deren Einhaltung grundsätzlich nicht zwingend vorgeschrieben ist.“ Damit ist wohl gemeint, dass deren Anwendung nicht unmittelbar durch den Gesetzgeber zwingend vorgeschrieben ist. „Europäische Normen“ sind laut Anhang TS Nr. 1.3 die von dem Europäischen Komitee für Normung (CEN) oder dem Europäischen Komitee für elektrotechnische Normung (CENELEC) gemäß deren gemeinsamen Regeln als Europäische Norm (EN) oder Harmonisierungsdokumente (HD) angenommene Normen. Die baurelevanten, in innerstaatlichen Normen übernommenen Vorschriften werden als DIN EN gekennzeichnet;

- b) europäische technische Bewertungen (Anhang TS Nr. 1.3)¹;
 - c) gemeinsame technische Spezifikationen (Anhang TS Nr. 1.5). Gemäß der dortigen Definition sind das solche technischen Spezifikationen, die „nach einem von den Mitgliedsstaaten anerkannten Verfahren erarbeitet wurden, um die einheitliche Anwendung in allen Mitgliedsstaaten sicherzustellen, und die im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden sind.“;
 - d) internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden;
 - e) falls solche Normen und Spezifikationen **fehlen**, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerk und den Einsatz von Produkten; Im Fall von e) sind aber Bezugnahmen auf nationale deutsche Normen zulässig. Unberücksichtigt bleibt, dass DIN-Normen dann nicht maßgebend sind, wenn sie nicht (mehr) den „anerkannten Regeln der Technik“ entsprechen.² In allen Fällen a)-e) muss jede Bezugnahme mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden.
- 5 Die **zweite** alternative Kategorie bilden gemäß Nr. 2 Leistungs- und Funktionsanforderungen, die so genau zu fassen sind, dass sie den Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen.
- 6 Das ist nichts anderes als eine Paraphrase zu § 7 Abs. 1 VOB/A, nämlich das Gebot „eindeutiger Leistungsbeschreibung“. Deshalb kann auf die dortigen Ausführungen³ verwiesen werden.
- 7 Die **dritte** alternative Kategorie bildet gemäß Nr. 3 eine Kombination der Kategorien 1 und 2; wegen der Einzelheiten kann auf den Text verwiesen werden.
- 8 **Abs. 3** und **Abs. 4** enthalten die Regelung, dass der Auftraggeber nicht Angebote ausschließen darf, die nachweisen, dass die vorgeschlagenen Lösungen den Spezifikationen gemäß Abs. 4 Nr. 1 Buchstabe a und gemäß Nr. 2 entsprechen. Als Mittel eines solchen Nachweises können eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle gelten. Das „kann“ ist missverständlich. Wenn der Bieter einen entsprechenden Nachweis vorlegt, hat der Auftraggeber kein Ermessen, er muss das Angebot insoweit zulassen.
- 9 **Abs. 5** beschäftigt sich mit Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen. Der Text ist aus sich heraus verständlich.

§ 7b Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis

- (1) Die Leistung ist in der Regel durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben.
- (2) ¹Erforderlichenfalls ist die Leistung auch zeichnerisch oder durch Probestücke darzustellen oder anders zu erklären, z. B. durch Hinweise auf ähnliche Leistungen, durch Mengen- oder statische Berechnungen. ²Zeichnungen und Proben, die für die Ausführung maßgebend sein sollen, sind eindeutig zu bezeichnen.
- (3) Leistungen, die nach den Vertragsbedingungen, den Technischen Vertragsbedingungen oder der gewerblichen Verkehrssitte zu der geforderten Leistung gehören (§ 2 Absatz 1 VOB/B), brauchen nicht besonders aufgeführt zu werden.
- (4) ¹Im Leistungsverzeichnis ist die Leistung derart aufzugliedern, dass unter einer Ordnungszahl (Position) nur solche Leistungen aufgenommen werden, die nach ihrer technischen Beschaffenheit und für die Preisbildung als in sich gleichartig anzusehen sind. ²Ungleichartige Leistungen sollen unter einer Ordnungszahl (Sammelposition) nur zusammengefasst werden, wenn eine Teilleistung gegenüber einer anderen für die Bildung eines Durchschnittspreises ohne nennenswerten Einfluss ist.

¹ Der Text ersetzt die frühere Formulierung „technische Zulassungen“. Dazu Sturmborg BauR 2019, 427 (430).

² Dazu → VOB/B § 4 Rn. 58.

³ → § 7 Rn. 14 ff.

Übersicht

	Rn.
I. § 7b Abs. 1	1
1. Vergaberechtliche Bedeutung	1
a) Leistungsbeschreibung, Rangreihenfolge der Bestandteile der Leistungsbeschreibung	1
b) Vorangehende Ausführungsplanung des Auftraggebers notwendig	4
c) Geltung für Einheitspreisverträge und Detail-Pauschalverträge	6
d) Baubeschreibung	7
e) Leistungsverzeichnis	8
2. Bauvertragliche Bedeutung	11
II. § 7b Abs. 2	12
1. Vergaberechtliche Bedeutung	12
a) Ergänzende Leistungsbeschreibung	12
b) Für die Ausführung nicht maßgebliche Pläne	13
c) „oder anders zu erklären“	14
d) Für die Ausführung maßgebende Pläne oder Proben	18
2. Bauvertragliche Bedeutung	19
III. § 7b Abs. 3	20
IV. § 7b Abs. 4	22
1. Vergaberechtliche Bedeutung	22
2. Bauvertragliche Bedeutung	25

I. § 7b Abs. 1

1. Vergaberechtliche Bedeutung. a) Leistungsbeschreibung, Rangreihenfolge der Bestandteile der Leistungsbeschreibung. Die VOB kennt unterschiedliche Ausschreibungsmethoden (dazu → VOB/A § 4 Rn. 1–5), und zwar unterschieden nach dem Ausmaß der vom Auftraggeber jeweils zu erbringenden Planungsleistung. Bei jeder möglichen Ausschreibungsmethode muss die **Leistungspflicht** des Auftragnehmers, das **Bausoll**,¹ **definiert** werden; die VOB nennt das „die Leistungsbeschreibung“;² wobei in diesem Sinn „**Leistungsbeschreibung**“ ein weiterer Begriff ist als „Leistungsbeschreibung“ in der Formulierung der Überschrift über § 7b, wie sogleich zu erläutern; § 13 Abs. 3 VOB/B legt auch diesen weiteren Begriff zugrunde. Das Bausoll wird je nach wahrzunehmender Planungsfunktion unterschiedlich definiert, zB so, dass die vom Auftragnehmer zu erbringende Leistung ganz detailliert beschrieben wird oder funktional, dass demzufolge der Auftragnehmer keine, geringe oder umfassende Planungspflichten (und Entscheidungsbefugnisse) hat. Laut § 7b ist für den öffentlichen Auftraggeber **die Methodik der detaillierten Leistungsbeschreibung**, dh die **auftraggeberseitige Detailplanung** ohne eigene Planungsverpflichtung des Auftragnehmers, die Regel. Wählt der Auftraggeber in der Ausschreibung folglich die „Regelmethode“ der detaillierten Ausschreibung, so braucht er das vergaberechtlich nicht besonders zu begründen; vergütungsrechtlich kann die Folge ein Einheitspreisvertrag oder ein Detail-Pauschalvertrag sein.

Die **detaillierte Leistungsbeschreibung im engeren Sinn** besteht laut § 7b Abs. 1 VOB/ 2 A aus 2 Teilen, nämlich einer **allgemeinen Darstellung** der Bauaufgabe, **der Baubeschreibung**, und einem in Teilleistungen gegliederten **Leistungsverzeichnis** (LV). Tatsächlich kommt so gut wie immer ein dritter Teil dazu, nämlich Pläne, diese allerdings gemäß § 7b Abs. 2 VOB/B nur „erforderlichenfalls“, also zur Ergänzung insbesondere einzelner Positionen des LV. Innerhalb dieser drei Bestandteile der Leistungsbeschreibung oder sogar weiterer, zB Proben, statische Berechnungen, geotechnische Gutachten oder Erklärung in anderer Weise, zB also auch Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, die, wie sich schon aus § 7b Abs. 3 VOB/A eindeutig ergibt, alle Bestandteile der Leistungsbeschreibung **im weiteren Sinne** sind, regelt die VOB/B kein Rangverhältnis; innerhalb der Rangkategorien des § 1 Abs. 2 VOB/B ist „die Leistungsbeschreibung“, also der Oberbegriff, **eine** Kategorie. Die VOB behandelt also (scheinbar) die zwei, drei oder mehr Teile der Leistungsbeschreibung als gleichrangig, jedenfalls enthält die VOB keine explizite Lösung über eine Reihenfolgeregelung, ausgenommen die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen, die zutreffend als allgemeinere Kategorie Nachrang hinter der speziellen Kategorie der Leistungsbeschreibung im engeren Sinn haben, § 1

¹ Zum Begriff → VOB/B § 2 Rn. 31 ff.

² Zum Begriff Leistungsbeschreibung ergänzend auch → VOB/B § 2 Rn. 28, 97. Allgemein zur Methode des öffentlichen Auftraggebers, Bauverträge abzufassen, vgl. → VOB/A § 8 Rn. 19 und → VOB/B § 2 Rn. 28.

Abs. 2 VOB/B. Die Auslegung ergibt jedoch, dass die „ergänzenden“ Pläne (§ 7b Abs. 2) als die speziellere Definition der Baubeschreibung und dem LV (nur) **dann** vorgehen, **wenn sie eindeutig als maßgebend bezeichnet sind** und an der **richtigen Stelle**, also im Text der Position oder unmissverständlich in passenden technischen Vorbemerkungen, als „leistungsbestimmend“ in Bezug genommen sind.³ Der unspezifische Hinweis des Auftraggebers auf „einhaltbare Pläne“ ist demgegenüber unbeachtlich.⁴ Ansonsten gilt im Regelfall, dass **im Zweifel der Text den Plänen vorgeht**; Ausnahmen gelten nur dann, wenn sich die Diskrepanz dem „mit durchschnittlicher Sorgfalt“ prüfenden Bieter geradezu aufdrängt.⁵

- 3 Bei Widerspruch zwischen Baubeschreibung und Leistungsverzeichnis gilt: Grundsätzlich ist der Positionstext spezieller als die Vorbemerkungen, beide sind je spezieller als die Baubeschreibung. Auch davon kann es Ausnahmen geben, zur Beurteilung kommt es nämlich „auf den Vertrag als sinnvolles Ganzes an“.⁶

- 4 **b) Vorangehende Ausführungsplanung des Auftraggebers notwendig.** Die Leistungsbeschreibung mit LV ist, wie erörtert, eine der möglichen Methoden der Definition des Bausolls, hier also eine Methode mit auftraggeberseitiger Detaillierung der Leistungsseite; sie besagt nichts über Detaillierung oder Pauschalierung der Vergütung. Die Methode der auftraggeberseitigen Detailplanung und deren Umsetzung in ein Leistungsverzeichnis setzt zwingend eine bestimmte organisatorisch-funktionale Abwicklung voraus: Der Auftraggeber **muss** zuerst (durch Planer als seine Erfüllungsgehilfen) das Bauwerk **im Detail** planen, dh er muss – gesprochen in den Leistungsphasen der HOAI – eine **Ausführungsplanung** (§ 34, Anhang 10.1 Phase 5 HOAI, sie führt zur „**Ausführungsreife**“) erstellen lassen, die dann in die Vergabeunterlagen, also das detaillierte Leistungsverzeichnis, umgesetzt wird; das ist – wiederum gesprochen in den Phasen der HOAI – die Leistungsphase 6. Es ist technisch **nicht möglich**, ein zutreffendes LV zu formulieren, solange die Ausführungsplanung nicht erstellt ist. Deswegen sagt das Vergabehandbuch des Bundes 2017, Stand 2019 (Formular 100), sachgerecht und zwingend in Nr. 4.3.1 der „Allgemeinen Richtlinien Vergabeverfahren“: „**Vor** dem Aufstellen der Leistungsbeschreibung **müssen** die Ausführungspläne, soweit sie nicht vom Auftragnehmer zu beschaffen sind, und die Mengenberechnungen **vorliegen**“.⁷ **Dagegen sündigt der öffentliche Auftraggeber leider sehr oft** und in grobem Ausmaß. Wenn, wie beispielsweise bei der Ausführung einzelner Lose des „berühmten“ Schürmann-Baus, von ca. 700 ausgeschriebenen Positionen ca. 300 gar nicht vorkommen, also nicht ausgeführt werden, so ist das unsachgerechte Ausschreibung iSd § 7b Abs. 1 VOB/B. Eine solche Ausschreibung ist vergaberechtlich unzulässig, was allerdings für den Bieter im Vorhinein praktisch nicht zu erkennen ist. Abgesehen davon schadet sich der öffentliche Auftraggeber auch selbst: Die nicht ausgeführten Positionen verschwinden bei der Abrechnung nicht etwa, wie es der Handhabung vieler Auftraggeber entspricht, sie werden vertragsrechtlich vielmehr als so genannte „Null-Positionen“ behandelt, was bedeutet, dass der Auftraggeber gemäß § 2 Abs. 3 VOB/B die darauf entfallenden Deckungsbeiträge zahlen muss.⁸

³ Näher → Rn. 18.

⁴ Näher → VOB/B § 2 Rn. 188 sowie → Rn. 18.

⁵ Näher → Rn. 18; → VOB/B § 2 Rn. 188; Burgi/Dreher/Lampert, Vergaberecht, VOB/A-EU § 7b Rn. 31.

⁶ Der BGH formuliert allerdings **zu apodiktisch**: „Im Ansatz verfehlt ist die Auffassung des Berufungsgerichts, das Leistungsverzeichnis gehe als klarere Regelung den Vorbemerkungen vor. Es gibt innerhalb der Leistungsbeschreibung (§ 1 Nr. 2a VOB/B) keinen grundsätzlichen Vorrang. Zur Leistungsbeschreibung gehören sowohl die Vorbemerkungen als auch die einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses (vgl. auch § 9 Nr. 6 VOB/A). In aller Regel enthalten die Vorbemerkungen wesentliche Angaben, die zum Verständnis der Bauaufgabe und zur Preisermittlung erforderlich sind. Diese Angaben sind in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis und auch anderen vertraglichen Unterlagen als sinnvolles Ganzes auszulegen“, so BGH „Eisenbahnbrücke“ BauR 1999, 897. Der BGH lässt außer Acht, dass es zur Bestimmung des Vorranges nicht nur Rangreihenfolgeeregungen gibt, etwa die des § 1 Abs. 2a VOB/B, sondern auch allgemeine Auslegungsgrundsätze. Nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen geht **generell** der speziellere Text dem allgemeineren Text vor. Der Sache nach ist dem BGH aber zuzustimmen, denn selbstverständlich müssen Vorbemerkungen und LV als sinnvolles Ganzes ausgelegt werden. Wenn aber die Auslegung zu unauflösbaren Widersprüchen führt, muss eine Lösung gefunden werden – und **dann** geht doch wieder die Einzelposition als die speziellere Lösung der Vorbemerkung als der allgemeineren Aussage vor. Dazu auch → VOB/B § 2 Rn. 158 mit einem Beispiel.

⁷ Zur Struktur dieser Art der Ausschreibung näher Langen/Schiffers FS Jagenburg, 2002, 435 ff. Einer Ausschreibung ohne Ausführungsplanung fehlt die erforderliche **Ausschreibungsreife**, OLG Düsseldorf NZBau 2014, 374.

⁸ Näher → VOB/B § 2 Rn. 284 ff.